

Ib ZR 103/62

Verkündet am 10. Januar 1964
[REDACTED], Justizangestellter,
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Franz A [REDACTED] als Inhaber der Firma
Franz A [REDACTED], Spezialunternehmen für Viehselbst-
tränken in K [REDACTED] (Niederbayern),

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. Nirk -

g e g e n

den Kaufmann Hermann D [REDACTED] als Inhaber der Firma
Bayerischer Tränkebau, Hermann D [REDACTED] in Waldkraiburg,

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

hat der Ib-Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 10. Januar 1964 unter Mit-
wirkung der Bundesrichter Dr. Krüger-Nieland, Jung-
bluth, Pehle, Dr. Sprengmann und Dr. Mösl

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil
des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
München vom 29. März 1962 wird auf Kosten
des Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien stellen her und vertreiben Stalleinrichtungen aller Art, insbesondere Tränkebecken, Freßgitteranlagen und automatische Dungräumanlagen.

Der Beklagte bezeichnet sein Unternehmen in der Werbung als größtes Spezialwerk Deutschlands für moderne Stalleinrichtungen; er benutzt diesen Hinweis insbesondere in unmittelbarem Zusammenhang mit seiner Firmenbezeichnung im laufenden Geschäftsverkehr.

Im Mai 1958 warb der Beklagte auf der Südostmesse in Rosenheim und an anderen Orten im südöstlichen Bayern mit Prospekten für Tränkebecken, in denen er neben der Behauptung, das größte Spezialwerk Deutschlands für moderne Stalltechnik zu sein, den Hinweis brachte: "Auflage von mehr als 1,7 Mill. Stück - Die Weltfirma, der Garant für wertvolle Spitzenarbeit."

Der Kläger hat behauptet, der Betrieb der Beklagten sei nicht der größte seiner Art; von einer "Auflage" von 1,7 Mill. Stück könne keine Rede sein, allenfalls habe der Beklagte seit Gründung seines Unternehmens vor etwa 30 Jahren diese Gesamtstückzahl erreicht; auch sei der Betrieb keine Weltfirma.

Der Kläger hat mit der vorliegenden Klage begehrt

- I. Unterlassung der genannten Werbebehauptungen ("größtes Spezialwerk", 1,7 Mill. Auflage,

- 3 -

Weltfirma) sowie einer weiteren Werbeangabe des Beklagten;

II. im Wege der Stufenklage Auskunft über die seit dem 1. Januar 1958 getätigten Abschlüsse des Beklagten mit Erzeugnissen für moderne Stalltechnik, im Fall nicht ordnungsgemäßer Auskunftserteilung Leistung des Offenbarungseides und Leistung von Schadensersatz gemäß der erteilten Auskunft;

III. Zuerkennung der Befugnis zur Veröffentlichung der Urteilsformel.

Der Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt. In bezug auf die jetzt noch allein im Streit befindliche Behauptung, die größte Spezialfabrik Deutschlands für moderne Stalleinrichtungen zu sein, hat er geltend gemacht, diese Werbung entspreche der Wahrheit. Hinsichtlich der übrigen, von ihm nicht mehr verwendeten Angaben sei keine Wiederholungsgefahr gegeben.

Das Landgericht hat durch Teilurteil den gesamten Unterlassungsantrag in der Hauptsache für erledigt erklärt und den Beklagten zur Auskunft verurteilt, welche Abschlüsse er im Jahre 1958 mit den von ihm erzeugten Tränkebecken, Ringkreisförderanlagen für Entmistungsanlagen und Freßgitteranlagen erzielt habe. Im übrigen hat es die auf Auskunft gerichtete Klage abgewiesen.



Mit der hiergegen erhobenen Berufung hat der Kläger den Unterlassungsantrag hinsichtlich der Werbebehauptung "größtes Spezialwerk" und den Auskunftsanspruch zeitlich und gegenständlich im vollen Umfange weiterverfolgt.

Der Beklagte hat gleichfalls Berufung eingelegt und beantragt, den Unterlassungsantrag, soweit er die Behauptung "größtes Spezialwerk Deutschlands für moderne Stalleinrichtungen" betrifft, als unbegründet und den Auskunftsantrag insoweit abzuweisen, als er über Abschlüsse in Trünkebecken für die Zeit vom 28. Januar bis Ende Juli 1958 hinausgreife.

Die Anträge auf Auskunft, Offenbarungseid, Schadensersatz und Veröffentlichungsbefugnis hat der Kläger mit Zustimmung des Beklagten in der Hauptsache für erledigt erklärt, soweit sie sich nicht auf die allein noch bekämpfte Berühmung (das "größte"....Werk) beziehen.

Das Berufungsgericht hat unter Zurückweisung der weitergehenden Berufungen

- I. dem Beklagten verboten,
in der Werbung zu behaupten, sein Betrieb
sei "Deutschlands größte Spezialfabrik
für moderne Stalleinrichtungen",
- II. den Beklagten verurteilt,
Auskunft zu erteilen über die seit
1. Januar 1958 getätigten Umsätze der in

seinem Betrieb hergestellten Anlagen für Stalltechnik, wobei die Abschlüsse nach Zeit, Gegenstand und Preis aufzuführen sind.

Die Kosten des Berufungsverfahrens hat es dem Beklagten auferlegt.

Mit der hiergegen erhobenen Revision verfolgt der Beklagte seine im zweiten Rechtszuge zuletzt gestellten Anträge weiter. Der Kläger bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

- I. 1. Das Berufungsgericht erblickt in der Werbebehauptung des Beklagten, Deutschlands größtes Spezialwerk für moderne Stalleinrichtungen zu betreiben, eine gegen § 3 UWG verstoßende Alleinstellungsbehauptung. Mit dieser Behauptung, so führt das Berufungsgericht aus, nehme der Werbende eine Sonderstellung in Anspruch, die ihn vor allen anderen gleichartigen Betrieben Deutschlands auszeichne. Ob darin eine vergleichende Werbung zu erblicken sei, könne dahingestellt bleiben, da die Behauptung unwahr sei. Sie sei nicht schon dann richtig, wenn der Betrieb des Werbenden einen zahlenmäßig ausdrückbaren Vorsprung vor den ihm am nächsten kommenden habe; der Vorsprung müsse vielmehr so bedeutend sein, daß er die werbemäßige Inanspruchnahme einer Sonderstellung rechtfertige; wer sich in der Werbung als der größte bezeichne, müsse, wie all-

gemein angenommen werde, eine konkurrenzlose Sonderstellung einnehmen; diese Anforderung finde ihre Rechtfertigung darin, daß es für die Beurteilung der Richtigkeit einer Werbebehauptung allein darauf ankomme, in welchem Sinne die Kreise, an die die Ankündigung sich wende, in ihrem überwiegenden Teile diese Angabe verstehen. Das Wesen der alleinstellenden Werbung liege in der Hervorhebung einer durch den Werbenden angeblich errungenen Sonderstellung; daher erwecke die Behauptung, der Betrieb des Werbenden sei der größte, die Vorstellung, dieser Betrieb nehme eine durch seine Größe bedingte Sonderstellung in der Leistungsfähigkeit ein; es werde der Eindruck eines wesentlichen, die Größenordnung berührenden Vorsprungs erweckt, da sinnvollerweise nur ein solcher Vorsprung für den Kunden von Interesse sein könne. Der Hinweis sei dann wahr, wenn der größenmäßige Vorsprung derartig sei, daß die Erwartung einer Auswirkung in der Leistungsfähigkeit, insbesondere durch größere Auswahl, gerechtfertigt sei. Einen wesentlichen größenmäßigen Vorsprung in diesem Sinne habe der Beklagte aber nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme weder gegenüber der Firma Schierholz in Bremen noch gegenüber dem Kläger. Für den Größenvergleich hat das Berufungsgericht die Umsätze und die Beschäftigtenzahlen herangezogen und aufgrund der Beweisaufnahme insoweit folgendes festgestellt:

Im Jahre 1958 habe der Beklagte (nach Abzug eines verhältnismäßig geringfügigen, auf Handelstätigkeit entfallenden und deshalb nicht zu berücksichtigenden Umsatzteiles) einen Umsatz von etwa 3,8 Mill. DM (BU S. 18; die Zahl von 4,8 dort ist ein offensicht-

licher Schreibfehler) bei einer Belegschaft von 159 Personen, die Firma S [REDACTED] dagegen einen Umsatz von etwa 3,48 Mill. DM bei einem Personalstand von 186 erzielt. Für die folgenden Jahre 1959, 1960 und 1961 hat das Berufungsgericht als unstreitig zugrunde gelegt, daß die Umsätze des Beklagten rund 4,5 Mill. DM, rund 5,8 Mill. DM und rund 6,6 Mill. DM (der letztgenannte Umsatz ist nur unterstellt), die Umsätze des Klägers dagegen 3,7 Mill. DM, 4,9 Mill. DM und 5,2 Mill. DM betragen haben. Hinsichtlich der Firma S [REDACTED] hat das Berufungsgericht für diese Jahre keine Feststellungen getroffen, sondern bemerkt, der Beklagte habe nicht behauptet, daß die Verhältnisse sich seit 1958 wesentlich zu seinen Gunsten verschoben hätten; es bedürfe deshalb nicht des vom Kläger angebotenen Beweises, der Umsatz an landwirtschaftlichen Stalleinrichtungen habe im Jahre 1960 bei S [REDACTED] die Spanne zwischen 5 und 7 Mill. DM erreicht. Die Zahl der Beschäftigten hat das Berufungsgericht für die Jahre 1959 und 1960 beim Beklagten auf 220 bzw. 221, beim Kläger auf 114 bzw. 144 festgestellt.

Bei dieser Sachlage hält das Berufungsgericht einen eindeutigen Vorsprung des Betriebes des Beklagten nicht für gegeben, wobei es abschließend bemerkt, der darlegungspflichtige Beklagte habe weitere Gesichtspunkte, die eine andere Würdigung rechtfertigen könnten, nicht vorgebracht.

2. Die Revision wendet sich vor allem gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, der Vorsprung dessen, der seinen Betrieb als den größten seiner Art bezeichnet, müsse so bedeutend sein, daß man von einer

"konkurrenzlosen Sonderstellung" sprechen könne. Sie meint, das Berufungsgericht habe hierbei rechtsirrig die Frage, ob eine Werbung im Sinne des § 3 UWG unrichtig sei, aufgrund einer im Schrifttum und von Instanzgerichten vertretenen Ansicht, statt anhand der allein maßgebenden Auffassung der im konkreten Falle beteiligten Verkehrskreise beantwortet; auch der Zusammenhang der Urteilsgründe lasse keinen anderen Schluß zu. Da die Werbung des Beklagten sich an die bäuerliche Bevölkerung wende, habe dem Berufungsgericht auch die zur Beurteilung der Werbewirkung erforderliche Sachkunde gefehlt. Verfahrenswidrig sei ferner der Antrag des Beklagten übergangen worden, durch eine Auskunft des deutschen Industrie- und Handelstages Beweis darüber zu erheben, welche Vorstellungen sich beim Publikum mit dem streitigen Werbespruch verbinden; dabei würde sich nach Meinung der Revision ergeben haben, daß die von Juristen vertretene Meinung, ein sich als das "größte" bezeichnendes Unternehmen müsse die anderen mit einem offenbaren Abstand und mit Aussicht auf eine gewisse Stetigkeit überragen, mit der Meinung des hier angesprochenen Verkehrskreises nicht übereinstimme. Beim Publikum werde dasjenige Unternehmen als das größte angesehen, das im Augenblick der Werbeaussage den größten Jahresumsatz erziele; es verhalte sich dabei nicht anders als bei der Werbung mit der Bezeichnung "ältestes" oder "letzte Tankstelle vor ...".

Aber selbst bei Zugrundelegung der Auffassung des Berufungsgerichts sei eine unrichtige Wettbewerbsangabe schon deshalb nicht gegeben, weil der Beklagte seit 1958 stets die größten Jahresumsätze erzielt habe. Nicht auf die Zahl der Beschäftigten, sondern

auf das sich im Umsatz ausdrückende Ergebnis komme es allein an; insoweit sei der Vorsprung des Beklagten im Jahre 1958 in Höhe von mindestens 300.000,-- DM aber ausreichend. Im übrigen verkenne das Berufungsgericht die Darlegungs- und Beweislast, wenn es Behauptungen des Beklagten über die Verschiebung des Größenverhältnisses vermisse. Der Beklagte habe überdies selbst Beweis angeboten. Erst recht seien die Anforderungen an den Vorsprung zu beanstanden, die das Berufungsgericht bei dem Vergleich der Umsätze des Beklagten mit denen des Klägers gestellt habe.

Vorsorglich wendet die Revision sich ferner gegen eine Anwendung des § 1 UWG unter dem Gesichtspunkt vergleichender Werbung sowie gegen die Annahme eines Verschuldens des Beklagten.

II. Die Angriffe der Revision können im Ergebnis keinen Erfolg haben.

1. Das Berufungsgericht hat die Zulässigkeit der beanstandeten Werbebehauptung nicht im Rahmen des § 1 UWG unter dem Gesichtspunkt der vergleichenden Werbung, sondern unter dem der unrichtigen Werbung (§ 3 UWG) geprüft; das ist bei dem gegebenen Sachverhalt rechtlich nicht zu beanstanden (vgl. Urteil des erkennenden Senats vom 30. Oktober 1963 - Ib ZR 42/62 - S. 21; BGH GRUR 1957, 600 - Westfalenblatt) und enthält jedenfalls keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Beklagten.

Ob eine Werbebehauptung, das "größte" Spezialwerk eines Geschäftszweiges zu sein, gegen § 3 UWG verstößt, ist allein danach zu beurteilen, wie die von der Werbung angesprochenen Verkehrskreise die Werbebehauptung bei ungezwungener flüchtiger Betrachtungsweise auffassen. Von diesem Ausgangspunkt geht aber - entgegen der Auffassung der Revision - auch das Berufungsurteil ersichtlich aus. Es führt nicht nur die einschlägige Rechtsprechung an (BGHZ 13, 244, 253 - Cupresa; BGH GRUR 1957, 600, 602 - Westfalenblatt' aus der neueren Rechtsprechung vgl. ferner BGH GRUR 1963, 34, 36 - Werkstatt und Betrieb - und Urteil des erkennenden Senats vom 30. Oktober 1963 - Ib ZR 42/62), stellt vielmehr in diesem Zusammenhang auch ausdrücklich auf den Eindruck ab, den die fragliche Werbebehauptung hervorzurufen geeignet sei. Wenn es dabei meint, es komme darauf an, wie die angesprochenen Kreise in ihrem überwiegenden Teil die Angabe verstehen, so ist das freilich rechtsirrig, da es genügt, wenn ein nicht unerheblicher Teil der angesprochenen Kreise die Behauptung in einem mit der Wirklichkeit nicht übereinstimmenden Sinne auffaßt (BGHZ 13, 244 - Cupresa, ständ. Rechtspr.); darin liegt jedoch kein Rechtsfehler zum Nachteil des Beklagten.

Das Berufungsgericht hat sich in demselben Zusammenhang zur Stützung seiner Auffassung allerdings auch auf Schrifttum und Rechtsprechung von Instanzgerichten bezogen, die zu dem Ergebnis gelangt sind, die Werbung, das "größte" Unternehmen zu sein, werde im allgemeinen dahin aufgefaßt, daß der Vorsprung dieses Unternehmens gegenüber seinen Mitbewerbern so groß sei, daß eine "konkurrenzlose Sonderstellung" gegeben sei. Die Revi-

sion meint, damit habe das Berufungsgericht sich bei der ihm obliegenden Feststellung, welche Bedeutung der angegriffenen Werbung innerhalb der angesprochenen Verkehrskreise beigemessen werde, rechtsirrig allein auf die für ähnliche Fälle bereits anderweit vertretene Rechtsmeinung gestützt. Darin kann der Revision jedoch angesichts des Zusammenhangs der angefochtenen Begründung nicht beigetreten werden. Es ist so, daß das Berufungsgericht die Lage aufgrund seiner Lebenserfahrung, allerdings unter Heranziehung der in Literatur und Rechtsprechung bereits zum Ausdruck gelangten Meinungen über vergleichbare Fälle beurteilt hat; das aber ist nicht unzulässig, denn im Rahmen der tatsächlichen Würdigung können unterstützend auch Ansichten tatsächlicher Art herangezogen werden, die bei vergleichbaren Sachverhalten in der Rechtsprechung der Tatsacheninstanzen und im Fachschrifttum geäußert worden sind; es handelt sich dabei teilweise auch um Beurteilungen durch sachkundige Stellen, die bei der tatrichterlichen Würdigung der Wirkung von Werbebehauptungen nicht unberücksichtigt bleiben müssen; insbesondere kann das von Äußerungen aus Kreisen der mit der Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs befaßten Stellen, wie des Gutachterausschusses für Wettbewerbsfragen gelten; auch auf eine solche hat das Berufungsgericht sich bezogen (DW 1960, 7, 3). Wie der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs in der Entscheidung vom 16. Oktober 1962 (GRUR 1963, 142, 146 unter aa - Original-Ersatzteile) dargelegt hat, können derartige Stellungnahmen Rückschlüsse darauf zulassen, welche Anforderungen zumindest in einzelnen Verkehrskreisen zu einem bestimmten Zeitpunkt vorherrschend waren, und sie können darüber hinaus auch die Verkehrsauffassung beeinflussen. Da in

bezug auf die Werbung, das größte Unternehmen zu sein, bereits seit vielen Jahren nahezu einhellig in zahlreichen Veröffentlichungen die Auffassung vertreten wird, der Abstand eines solchen Unternehmens müsse über jeden Zweifel hinaus feststehen (und von einer gewissen Stetigkeit sein), konnte das Berufungsgericht die in jenen Äußerungen zum Ausdruck gelangte Auffassung daher bei seiner tatsächlichen Würdigung unterstützend heranziehen. Keinesfalls können seine Ausführungen in diesem Punkte in ihrem Zusammenhang etwa dahin aufgefaßt werden, es habe einen Satz des Inhalts, daß diese Alleinstellungswerbung eine "konkurrenzlose Sonderstellung" voraussetze, als einen Rechtsgrundsatz angesehen, der ohne Rücksicht auf die tatsächlich bestehende Auffassung der im Einzelfall angesprochenen Verkehrskreise Geltung beanspruche (vgl. dazu BGH GRUR 1963, 34, 36 - Werkstatt und Betrieb); denn das Berufungsgericht hat nicht verkannt, daß von einem Teil der von ihm herangezogenen Rechtsprechung (LG Köln WRP 1955, 23) das Erfordernis eines eindeutigen Vorsprungs im Sinne eines solchen, aus dem Gesichtspunkt der vergleichenden Werbung (§ 1 UWG) hergeleiteten Rechtsgrundsatzes verstanden worden ist; seine eigene Auffassung aber hat es ausdrücklich mit dem Hinweis auf die eingangs erwähnte Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs begründet, wonach für die Unrichtigkeit einer Werbebehauptung allein der Eindruck maßgebend ist, den sie bei den angesprochenen Verkehrskreisen hervorruft.

Dem Berufungsgericht fehlte entgegen der Auffassung der Revision auch nicht diejenige Sachkunde, die erforderlich ist, um diese Frage ohne Verfahrensverstöß

selbst zu entscheiden; insbesondere durfte es dabei von einer Meinungsumfrage und von der von der Revision vermißten Auskunft des deutschen Industrie- und Handeltages absehen. Auf eine besondere Sachkunde der angesprochenen Verkehrskreise, die der Tatrichter nach der insoweit feststehenden Rechtsprechung (vgl. BGH GRUR 1961, 237, 240 - TOX-Band) in der Regel nicht ohne fremde Hilfe festzustellen vermag, kam es bei der Beurteilung der Wirkung der hier fraglichen Werbung ersichtlich nicht an. Wie der Erste Zivilsenat des Bundesgerichtshofs ausgeführt hat, können zwar auch in anderen Fällen Bedenken dagegen bestehen, daß der Tatrichter die irreführende Wirkung einer Werbebehauptung aufgrund eigener Sachkunde verneint: denn das setzt voraus, daß er die Wirkung dieser Werbung in bezug auf die Gesamtheit der angesprochenen Verkehrskreise (d.h. bis auf einen rechtlich nicht mehr zu berücksichtigenden unerheblichen Rest) aufgrund eigener Sachkunde zu beurteilen vermag (BGH GRUR 1963, 270, 273 - Bärenfang). Anders liegt es jedoch, wenn der Berufsrichter, wie hier, die Frage der irreführenden Wirkung einer Werbung für einen nicht unerheblichen Teil der angesprochenen Verkehrskreise bejaht. Es ist nichts dafür dargetan, daß der hier angegriffenen Werbebehauptung, das größte Spezialwerk zu sein, etwa nach den Eigenarten oder Gepflogenheiten des hier fraglichen Geschäftszweiges ein vom Üblichen abweichender Sinn entnommen würde. Derartiges ist vom Beklagten auch nicht geltend gemacht worden. Es besteht deshalb kein Anhaltspunkt gegen die Annahme, daß mindestens ein nicht unerheblicher Teil der im Streitfall angesprochenen Verkehrskreise die Behauptung ähnlich auf-

fassen wird, wie dies bei einer inhaltlich gleichen Werbebehauptung auch in anderen Geschäftszweigen der Fall ist. Unter diesen Umständen konnte der Berufungsrichter die Frage nach der Wirkung der beanstandeten Werbebehauptung schon aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung, jedenfalls aber in Anlehnung an die für vergleichbare Fälle im Fachschrifttum und in der Rechtsprechung der Instanzgerichte vertretene Auffassung ohne Rechtsverstoß mindestens für einen rechtlich nicht unerheblichen Teil der angesprochenen Verkehrskreise dahin beantworten, daß die Gefahr einer Irrführung in dem dargelegten Sinne gegeben sei. In einem derartigen Falle ist es auch nicht von entscheidender Bedeutung, daß der Tatrichter nicht zu den von der Werbung angesprochenen Verkehrskreisen und nicht zu den Abnehmern der fraglichen Erzeugnisse gehört. Mißverständlich ist allerdings die vom Berufungsgericht gewählte Formulierung, der in der hier angegriffenen Weise Werbende habe nach der Vorstellung der angesprochenen Verkehrskreise eine "konkurrenzlose" Sonderstellung inne. Demgegenüber ist klarzustellen, daß - wie das Berufungsgericht an anderer Stelle selbst ausführt - ein Vorsprung genügt, der nach der Auffassung der beteiligten Verkehrskreise für die Leistungsfähigkeit des Unternehmens ins Gewicht fällt. Die Annahme aber, der Verkehr erwarte unter den im Streitfall gegebenen Umständen bei der fraglichen Alleinstellungsbehauptung einen nicht bloß knappen, gerade noch meßbaren, sondern einen eindeutigen, merklichen Vorsprung, läßt sich aus Rechtsgründen nicht beanstanden.

Ob, wie die Revision meint, in anderen Fällen der sog. Superlativwerbung ein derartiger merklicher Abstand gegenüber den Mitbewerbern nicht erwartet werde, kann dahingestellt bleiben. Es ist zwar nicht zu verkennen, daß die Fälle der sog. Superlativwerbung je nach der ihnen von den angesprochenen Verkehrskreisen zugemessenen Bedeutung zu einer verschiedenen rechtlichen Beurteilung führen können. Denkbar sind insbesondere Fälle, in denen eine solche Werbung einen so klar auf eine bestimmte Tatsache begrenzten Aussagegehalt aufweist, daß die beteiligten Verkehrskreise sie nicht als Behauptung eines merklichen Vorsprungs auffassen, sondern nur in ihrem buchstäblichen Wortgehalt verstehen. Jedenfalls können aber daraus, daß Superlative wie "ältestes Unternehmen" oder "letzte Tankstelle vor" möglicherweise auch dann als zutreffend empfunden werden, wenn der Abstand gegenüber den in Vergleich zu ziehenden Unternehmen nur verhältnismäßig gering, aber doch meßbar ist, keine Schlüsse dahin gezogen werden, durch die hier angegriffene Werbung, das größte Werk zu sein, werde beim angesprochenen Publikum derselbe Eindruck hervorgerufen; die Behauptung, das größte Unternehmen zu besitzen, nähert sich stärker einem Werturteil, als jene Behauptungen und läßt insbesondere Bezugspunkte verschiedener Art in den Kreis der Erwägungen treten, woraus sich jedenfalls bei einem nicht unerheblichen Teil der angesprochenen Kreise eher die Meinung bilden kann, der Vorsprung müsse ein bedeutender sein, um die fragliche Werbebehauptung rechtfertigen zu können.

2. Von dem hiernach aus Rechtsgründen nicht zu beanstandenden Ausgangspunkt des Berufungsgerichts aus, daß die Werbung des Beklagten als die Behauptung eines

merklichen und außerhalb jeden Zweifels stehenden Abstandes gegenüber seinen Mitbewerbern aufgefaßt werde, ist auch seine Schlußfolgerung nicht zu beanstanden, daß im Streitfall ein derartiger Vorsprung tatsächlich nicht gegeben sei. Dabei kann auf sich beruhen, ob das Berufungsgericht insoweit zu strenge Anforderungen stellt, als es auch den Vorsprung gegenüber dem Kläger für nicht ausreichend erachtet. Jedenfalls gegenüber der Firma S [REDACTED] hat der Beklagte einen ausreichenden Vorsprung nicht.

- a) Das gilt zunächst für das Jahr 1958, mit welchem die beanstandete Werbung nach den getroffenen Feststellungen begonnen hat. Der für dieses Jahr festgestellte Abstand im Gesamtumsatz beträgt gegenüber der Firma S [REDACTED] nur etwa 8 bis 9 v.H. Es läßt keinen Rechtsfehler erkennen, wenn das Berufungsgericht darin keinen merklichen Vorsprung in dem dargelegten Sinne erblickt hat. Auf den Umstand, daß die Firma S [REDACTED] für diese Herstellung sogar mehr Beschäftigte als der Beklagte eingesetzt hat, braucht hiernach nicht eingegangen zu werden. In der Regel kann es, wie der Revision zuzugeben ist, bei Herstellerunternehmen der hier in Betracht kommenden Art auf die Zahl der Beschäftigten ohnehin nicht ankommen; der Verkehr wird vielmehr bei derartigen Unternehmen im Regelfall dem in Geld ausgedrückten Umsatz die ausschlaggebende Bedeutung für die Frage beimessen, ob ein Betrieb als der größte anzusehen ist.

Im übrigen bestehen sogar Bedenken gegen die dem Beklagten günstige Annahme des Berufungsgerichts, das Unternehmen der Firma F [REDACTED] in D [REDACTED] müsse außer

Betracht bleiben, weil in ihm die Herstellung von Stalleinrichtungen nicht organisatorisch verselbständigt sei. Diese Auffassung geht offenbar davon aus, die hier angesprochenen Verkehrskreise beachteten in dem Werbesatz "das größte Spezialwerk für moderne Stalleinrichtungen" mit besonderer Aufmerksamkeit den Hinweis darauf, daß es sich um ein Spezialwerk handle. Das Berufungsgericht legt hierbei ersichtlich nicht den rechtlich zugrunde zu legenden Maßstab des flüchtigen Durchschnittsbetrachters an, bei dem damit zu rechnen ist, daß er die Werbung nur dahin auffaßt, der Beklagte betreibe das größte Werk Deutschlands für Stalleinrichtungen, ohne dabei nähere Betrachtungen darüber anzustellen, ob dieses Werk auch noch andere Maschinen und Einrichtungen herstellt. Zwar kann der Umstand, daß der mit einer Alleinstellungsbehauptung der hier fraglichen Art Werbende sich auf eine bestimmte Herstellung spezialisiert hat, die Vorstellung der angesprochenen Verkehrskreise im Einzelfall dahin beeinflussen, daß sie Unternehmen, für die dies nicht zutrifft, bei dem Größenvergleich außer Betracht lassen. Dafür aber, daß eine solche Verkehrsauffassung hier in Betracht komme, ist nichts dargetan. Die Belanglosigkeit der Frage, ob die Fertigung von Stalleinrichtungen organisatorisch klar von der übrigen Fertigung getrennt ist, ergibt sich namentlich dann, wenn Einrichtungen, die für die Stalltechnik verwendet werden, zugleich in ähnlicher Form für andere Zwecke hergestellt werden; dies ist nach den Behauptungen des Klägers insbesondere bei der Firma S. [REDACTED] in bezug auf Transporteinrichtungen der Fall gewesen. Jedenfalls erscheint es nicht angängig, bei der Frage,

wie der Verkehr die beanstandete Werbeangabe auffaßt, das größte Spezialwerk für bestimmte Waren zu sein, auf Vorstellungen abzustellen, die bei der zugrunde zu legenden flüchtigen Betrachtungsweise des Verkehrs nicht in den Kreis der Erwägungen gezogen zu werden pflegen und sich überdies einer klaren Feststellung in der Regel entziehen. Legte man aber in bezug auf den Umsatz der Firma F. [REDACTED] die eigenen Behauptungen des Beklagten zugrunde, so hätte der Umsatz dieses Unternehmens in Stalleinrichtungen schon 1958 etwa 15 v.H. eines Gesamtumsatzes von 30 Mill. DM, also 4,5 Mill. DM betragen, womit er den Umsatz des Beklagten übertroffen hätte.

- b) Für die folgenden Jahre hat das Berufungsgericht allerdings Feststellungen über den Umsatz nur für die Unternehmen der Streitteile, nicht auch für die übrigen Unternehmen dieses Geschäftszweiges getroffen. Es ist insoweit ersichtlich der Auffassung, der Beklagte habe die Darlegungs- und Beweislast dafür, daß in diesen Jahren ein ihm günstigeres Zahlenverhältnis eingetreten sei.

Entgegen der Auffassung der Revision ist hierbei die Beweislast im Rahmen des § 3 UWG nicht verkannt worden. Ob grundsätzlich, wie die herrschende Meinung annimmt, derjenige Wettbewerber die Beweislast für die Richtigkeit seiner Werbebehauptung trägt, der eine Alleinstellung für sich in Anspruch nimmt, kann auch im Streitfall dahingestellt bleiben (vgl. zuletzt BGH GRUR 1961, 85, 90 - Pfiffikusdose). Ebenso kann dahinstehen, ob in dieser Frage ein Unterschied zwischen den

verschiedenen Arten der Alleinstellungswerbung zu machen wäre. Diese Fragen verlieren für die hier fragliche Werbung (das "größte" Werk) ohnehin an Bedeutung, wenn der Verkehr diese Alleinstellungsbehauptung im Sinne eines über jeden Zweifel hinaus feststehenden Vorsprungs auffaßt. Jedenfalls muß der Werbende aber, wenn seine Werbebehauptung, wie hier, als anfänglich (im Jahre 1958) unrichtig erwiesen ist, den Beweis dafür erbringen, daß sie infolge späterer Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse richtig geworden sei (BGH GRUR 1961, 541, 543 - Buschbohne). Dies folgt schon aus allgemeinen Regeln über die Beweislast. Dazu kommt, daß ein länger dauernder Gebrauch einer derartigen unrichtigen, äußerst wirksamen Werbebehauptung - wie er hier im Jahre 1958 unstreitig gegeben war - erfahrungsgemäß zu einer gewissen Steigerung des Umsatzes führen kann; eine spätere Umsatzerhöhung kann daher mindestens insoweit, als sie aus dem Rahmen des in dem betreffenden Geschäftszweig Üblichen herausfällt, möglicherweise ganz oder zum Teil auf die Wirkung der anfänglich unrichtigen Werbebehauptung zurückzuführen sein. Daraus kann sich ergeben, daß der Werbende sich zur Rechtfertigung des weiteren Gebrauchs der Alleinstellungswerbung schon unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes (§ 249 BGB) nicht auf eine Umsatzsteigerung zu berufen vermag, die er aufgrund der anfänglich unrichtigen Werbung erzielt hat.

Die Revision rügt in diesem Zusammenhang allerdings, das Berufungsgericht habe unter Verstoß gegen § 286 ZPO einen Beweisantrag des Beklagten übergangen. Die Rüge ist jedoch unbegründet. Der Beklagte hatte an der von

der Revision bezeichneten Stelle nur behauptet, keine der vom Kläger benannten Firmen sei größer oder größer gewesen als der Beklagte; diese Behauptung war nach dem Dargelegten nicht schlüssig. Die weiteren Behauptungen des Beklagten enthielten auch nichts über die weitere Entwicklung des Umsatzes bei den beiden in Betracht kommenden Unternehmen; der Beklagte hat insbesondere nicht beantragt, die dafür in Betracht kommenden Zeugen nochmals zu vernehmen.

- c) Schließlich hätte das Berufungsgericht zur Stützung der Ansicht, der Verkehr erwarte bei der angegriffenen Werbung einen merklichen größenmäßigen Vorsprung, noch auf die Umstände zurückgreifen können, unter denen die Werbung im Jahre 1958 zunächst vor sich gegangen ist. Der Beklagte verwandte damals die Werbebehauptung nicht nur ständig in unmittelbarem Zusammenhang mit seiner Firmenbezeichnung, sondern verband damit jedenfalls auf einer Fachmesse und in einem Teil seines Absatzgebietes auch die schon nach dem unstreitigen Sachverhalt unzutreffenden Behauptungen, eine Weltfirma darzustellen und in Tränkebecken eine "Auflage" von mehr als 1,7 Mill. Stück zu haben. Diese Behauptungen waren, da sie gleichfalls Vorstellungen über die Größe des Unternehmens ansprachen, geeignet, innerhalb der angesprochenen Verkehrskreise die Vorstellung zu begünstigen, es handle sich bei dem Unternehmen des Beklagten um einen die Mitbewerber an Größe eindeutig überragenden Betrieb.
- d) Auf die Angriffe der Revision gegen die in der Rechtsprechung und im Schrifttum vertretene Auffassung, der Vorsprung des mit einer Alleinstellung der hier

fraglichen Art Werbenden müsse auch von einer gewissen Stetigkeit sein, braucht schon deshalb nicht eingegangen zu werden, weil die Entscheidung nicht von ihrer Beantwortung abhängt und das Berufungsgericht deshalb mit Recht auf diese Frage nicht eingegangen ist.

Die Auffassung der Revision, die Werbebehauptung brauche nur in dem Augenblick ihrer Aufstellung zutreffend gewesen zu sein, begegnet aber jedenfalls schon dem Bedenken, daß die Werbung mindestens noch zu dem Zeitpunkt richtig sein muß, in dem sie in die angesprochenen Verkehrskreise gelangt und dort ihre Wirkung tun soll.

3. Daß die angegriffene Werbebehauptung in Mitteilungen enthalten ist, die für einen größeren Kreis von Personen bestimmt sind, und daß sie ferner geeignet ist, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen, hat das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum angenommen; dagegen werden Angriffe von der Revision auch nicht erhoben.

Außer Zweifel steht ferner, daß der Kläger als Mitbewerber des Beklagten befugt ist, den Unterlassungsanspruch geltend zu machen (§ 13 Abs. 1 UWG).

Auch das für den Auskunftsanspruch erforderliche Verschulden des Beklagten hat das Berufungsgericht, ohne dies allerdings näher zu begründen, frei von Rechtsirrtum als gegeben erachtet. Der Auffassung der Revision, der Beklagte habe angesichts der festgestellten

Umsätze guten Glaubens annehmen können, zu der angegriffenen Werbung berechtigt zu sein, kann nicht zugestimmt werden. Für die Zeit seit der Zustellung der einstweiligen Verfügung vom 12. Mai 1958 (5 HK Q 7/58 LG Traunstein) ergibt sich ein Verschulden des Beklagten schon aus dem Gesichtspunkt, daß er trotz des Unterlassungsbegchrens der Klägerin an seiner Werbung festgehalten hat, ohne zuverlässige Unterlagen für ihre Richtigkeit zu besitzen. Das gilt aber auch für die Zeit ab Beginn des Jahres 1958, denn derjenige, der sein Unternehmen in der Werbung ständig als das "größte" bezeichnet, muß sich zuvor hinreichende Gewißheit über die tatsächlichen Größenverhältnisse innerhalb seines Geschäftszweiges verschaffen; der Beklagte hat aber selbst nicht behauptet, dies vor dem Rechtsstreit getan zu haben.

Daß dem Kläger durch die angegriffene Werbung ein Schaden entstanden ist, ist hinreichend wahrscheinlich, so daß der Beklagte verpflichtet ist, ihm zur Vorbereitung des Schadensersatzanspruchs die im angefochtenen Urteil bezeichnete Auskunft über seine Umsätze zu erteilen.

.

Nach alledem war die Revision des Beklagten mit der sich aus § 97 Abs. 1 ZPO ergebenden Kostenfolge zurückzuweisen.

Krüger-Nieland

BR Jungbluth ist
infolge Erkrankung
an der Unterschriftsleistung
verhindert.

Pehle

Krüger-Nieland

Sprenkmann

Mösl